

© **Михайло Савчин**, д.ю.н., проф., директор,
НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права,
Ужгородський національний університет

ТЕМА 4. ОСНОВОПОЛОЖНІ ЦІННОСТІ І ПРИНЦИПИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПОРЯДКУ

1. Значення і роль принципів і цінностей в конституційному праві.
2. Верховенство права.
3. Гідність людини: основні концепції та самовизначення особи.
4. Свобода і приватна автономія, свобода волі і свавілля.
5. Принцип пропорційності: зміст трискладового тесту.
6. Права людини: загальні засади конституційного конструювання прав людини.
7. Рівність і заборона дискримінації.
8. Демократія.
9. Основні концепції держави.

Література

Venice Commission, The Rule of Law Checklist, 12 March 2016.

Берлин И. (2001) Философия свободы. Европа, Москва: Новое литературное обозрение

Даль Р. (2003) Демократия и ее критики, Москва: РОССПЭН.

Доповідь Венеційської комісії про верховенство права, 25-26.03.2011 р.

Леони Б. (2008) Свобода и закон, Москва: ИРИСЭН

Лок Дж. (2001) Два трактати про врядування, Київ: Основи.

Погребняк С. (2008) Основоположні принципи права (змістовна характеристика), Харків: Право.

Свендсен Л.Фр.Г. (2016) Філософія свободи, Львів-Київ: Ніка-Центр.

фон Хайек Ф.А. (2004) Право, законодательство, свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики, Москва: ИРИСЭН.

Шайо А. (2001) Самоограничение власти (краткий курс конституционализма), Москва: БЕК.

Шевчук С. (2001) Основи конституційної юриспруденції. Київ: Український центр правничих студій.

1. Значення і роль принципів і цінностей в конституційному праві

1.1. Природа конституційних цінностей. Конституційні принципи розглядають як певні універсалії, які забезпечуються засобами правового захисту згідно із конституцією та визначають стандарти та вимоги до законодавства, публічної адміністрації та правосуддя. Про універсалії як морально-політичні засоби легітимації права писав Імануїл Кант у своїх працях і розглядав їх як основу досягнення загального миру та формування світового порядку на гуманістичних засадах¹.

До основних рис принципів права належать: 1) надпозитивний характер; 2) конституція як “відкрита” нормативна система визначається їх абстрактністю; 3) принципи відображають суспільний консенсус щодо соціальних і духовних благ, які гарантуються конституційним захистом; 4) кореляція між цінностями, що залежить від структури суспільства і його архетипу; 5) принципи виступають методологічною основою для забезпечення балансу інтересів у багатоукладному суспільстві; 6) принципи є формалізованим вираженням конституційних цінностей як правові універсалії.

Відповідно до такого розуміння існує кореляція конституційних цінностей (корелятивний дуалізм цінностей), а саме: 1) свобода (лібералізм) – солідарність; 2) рівність – справедливість; 3) гідність людини – права і основоположні свободи – баланс інтересів. Зокрема, ця дуальність також підтверджується тим, що у німецькій конституційній доктрині права людини розглядаються у двох іпостасях – як правила (Regeln) та норми (Prinzipien). Під кутом зору правил права людини передбачають певні фундаментальні положення, які володіють верховенством стосовно актів законодавства та визначають зміст судової практики. Як принципи права людини визначають сутнісний зміст (Wesensgehalt) здійснення державою обов’язку захисту, яке часто має стосунок до вирішення колізій між правами людини та іншими принципами права, що особливо впливає на діяльність конституційного суду²].

1.2. Сутнісні конституційні цінності. Тому йде мова про певну ієрархію цінностей, оскільки цінності-універсалії забезпечуються через певні інструменти – наприклад, поділ влади чи суверенітет. Конституційні цінності першого порядку (цінності-універсалії) визначають тип правосвідомості та властиві будь-якій країні із традиціями конституціоналізму і мають характер правових універсалій, що мають надпозитивну природу. Такі принципи діють незалежно від їх закріплення у позитивному праві, а в разі їх конституційного закріплення, їхній зміст наповнюється через інтерпретацію в доктрині та конституційній юриспруденції. До основоположних конституційних принципів, які набули універсального характеру, належать: 1) гідність людини; 2) свобода; 3) рівність; 4) справедливість; 5) верховенство права; 6) толерантність.

1.3. Інституційні конституційні цінності. Конституційні цінності інституційного характеру визначають засади конституційного порядку і служать засобами забезпечення цінностей-універсалій. До них належать засади організації публічної влади, критерієм

¹ Кант І. *Обґрунтування метафізики моралі*, Київ : Основи, 2006.

² Lothar Michael, Martin Morlok. *Grundrechte*. 6. Auflage. Nomos Verlagsgesellschaft, 2017. s. 45-48

легітимності яких є мистецтво забезпечення публічного інтересу і додержання легітимних підстав для втручання у приватну автономію індивіда.

Демократія поряд із традиційним розуміння як принцип мажоритарності при ухваленні рішень сьогодні трактується також через інклюзивність, тобто залучення у процес ухвалення рішень заінтересованих осіб та можливість забезпечувати баланс інтересів більшості та меншості. Співвідношення цих параметрів зумовлює набір певних моделей сучасної демократії: 1) *ліберальна* як результату вільного змагання та конкуренції думок, коли в результаті суспільно-політичних дебатів перемагає одна із них і така покладається в основі владних рівень; 2) *консенсусна демократія* передбачає наявність певної одностайності при досягненні згоди, її вираженням є функціонування коаліційних урядів; 3) *консолідована демократія* передбачає наявність сталих ціннісних установок, які втілюються у владних рішеннях і задовільну систему їх ухвалення.

Легітимність влади передбачає не лише законність (*legality*) у діяльності органів влади, а їх офіційне схвалення та сприйняття народом. Адже у демократичних системах частка дозвільних норм, які ґрунтуються на ідеях свободи складає понад 80 відсотків. Тому у конституційних демократії згідно із П'єром Розанваллоном виділяють такі види демократичної легітимності: 1) *установча легітимність* як певну організацію та порядок реалізації установчої влади народу та здійснення законодавчої влади, які установча влада делегує відповідні повноваження; 2) *легітимність наближеності* проявляється у позапартійній, безсторонній, незалежній та професійній публічній службі; 3) *рефлексивна легітимність* втілюється в діяльності конституційної юстиції, яка за допомогою автономного та динамічного тлумачення конституції сприяє подальшому і розвитку як своєрідному «живому» праву. Коли розглядають певні заходи щодо забезпечення основоположних цінностей також мають значення як принципи *національна безпека та громадський порядок*.

Принцип поділу влади виражають організаційно-правові засади діяльності держави та певні вимоги і стандарти до її діяльності. Поділ влади виражається у відособленості та автономності владних інститутів, гарантій від втручання до їх діяльності зовні, систему стримувань і противаг. Розуміючи складність цього питання Ондраш Шайо з посиланням на Листа № 71 Федераліста пише так³:

«"Амбіцію може приборкати тільки амбіція". Навіть найчіткіше проведена межа не в змозі зупинити худобу, що відбилася від стада; на це здатна тільки собака, що гавкає в сусідньому маєтку. Главам окремих гілок влади потрібно допомогти знайти засоби, необхідні для запобігання втручання в їх компетенцію. Чи є спокуса сильнішою, ніж володіння засобами впливу?»

Національний суверенітет є властивістю держави і визначає засади незалежності та верховенства у її діяльності. Він має два аспекти: зовнішньополітичний полягає у незалежності ухвалення рішень державою, якому кореспондує міжнародний принцип

³ Ондраш Шайо. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). Москва, 2001, с. 77-78.

невтручання у внутрішні справи держави, а на внутрішній політичній арені він також означає верховенство держави в ухваленні владних рішень

1.4. Інтерпретація конституційних принципів. Конституційна догматика ґрунтується на засадах цілісності, коли конституційні положення трактуються в єдності взаємних логічних зв'язків із застосуванням логічних прийомів юридичної аргументації. За таких вимог у тексті Конституції не міститься суперечностей. Завданням її інтерпретатора є забезпечення внутрішньої узгодженості, конкордації положень, виходячи із її загальної мети — утвердження прав людини. Зі стандарту конкордації конституційних положень впливає вимога додержання засад юридичного силогізму, що передбачає дослідження фактичного та юридичного складу.

Верифікація певних принципів досягається через розумність, тобто те, що в англо-американському праві характеризують як *reasonability* (розумність) і практичну корисність у сенсі ефективного здійснення прав людини. Вимога належної правової процедури часто є чи не вирішальною у визначенні того, чи мало місце свавільне втручання держави у сферу приватної автономії індивіда. Згідно із засадами розумності положення законів мають бути придатними до застосування і не створювати надмірних обмежень та обтяжень у здійсненні прав і свобод людини, заперечуючи їх сутнісний зміст. Вимоги передбачуваності встановлюють такі стандарти формулювання закону, за яких особа могла планувати та передбачувати наслідки своєї діяльності без надмірних обмежень та обтяжень. Тому й практика застосування закону не має бути надмірно формальною, свавільною та довільною (*arbitrary*).

2. Принцип верховенства права

2.1. Принцип верховенства права та суміжні доктрини. Сучасне трактування принципу верховенства права є результатом конвергенції (зближення) англо-американського і континентального права. Дослівного перекладу поняття *rule of law* на слов'янські мови немає, тому у чеській і словацькій доктрині частіше оперують доктриною правової держави або просто вживають термін *rule of law* без його перекладу. У польській та хорватській літературі зустрічається близький за змістом до терміна «правовладдя», який нещодавно запропоновано Сергієм Головатим. Притаманні континентальній традиції права доктрини *Rechtsstaat*, *Estado de Dirijo*, *Estado di Diritto*, *d'Etat Droit* є свідченням

Натомість згадане зближення відбулося насамперед завдяки практиці Європейського суду з прав людини та діяльності Венеційської комісії «За демократію через верховенство права». Для остаточного позбавлення постсоціалістичних і пострадянських країн від радянської спадщини є розуміння відмінності верховенства права від верховенства закону. Насправді радянська цілком по духу формалістична доктрина верховенства закону є вужчою за розуміння законності, як це тепер прийнято визначати відповідно до вимог верховенства права, оскільки законність включає не тільки формальні, а й змістовні вимоги до закону.

Якщо виходити змісту двох документів Венеційської комісії – Доповіді про верховенство права від 25-26 березня 2011 р. та Контрольного списку верховенства права від 12 березня 2016 р. – структуру верховенства права складають: 1) законність; 2) правова визначеність; 3) незалежність і безсторонність суду; 4) повага до прав людини; 5) заборона свавілля; 6) рівність і заборона дискримінації.

2.2. Законність. Традиційно у радянській та пострадянській літературі законність як принцип права пов'язувався із ієрархією правових актів, які встановлювали певну систему правових норм, тобто це була доктрина формальної законності. Натомість лорд Бінгем визначає законність як:

«всі особи і органи влади в державі як публічні, так і приватні мають бути зв'язані та мати право користуватися законами, що є відкрито проголошеними, зорієнтованими на майбутнє та відкрито застосовуються в судах»⁴.

Законність натомість має формальні та матеріальні аспекти. До формальних аспектів законності умовно можна віднести наступні: 1) наявність ієрархії правових актів: конституція – міжнародні договори – закони; 2) прийняття законів відповідно до встановленої процедури і визначених конституцією рамках; 3) наділення законом повноваженнями органів влади і яким чином вони здійснюються; 4) принцип *nulla poena sine lege*;

До матеріальних аспектів законності належать: 1) гарантії публічності, прозорості, підзвітності та демократичності процесу ухвалення законів; 2) забезпечення балансу інтересів більшості і меншості при ухваленні законів та залучення до його розроблення заінтересованих осіб (інклюзивність); 3) ступінь застосування та виконання законів; 4) наявність чи відсутність положень у законах, які надають можливість уряду застосувати надзвичайні заходи і порядок їх застосування; 5) відповідність національного законодавства міжнародному праву.

З наведено видно відмінність принципу законності від формального розуміння у часи СРСР як соціалістичної законності, яка базувалася на ієрархії нормативно-правових актів та мала втілювати волю диктатури пролетаріату, провідником якої була Компартія.

У 1765 році лорд Кемден наголошував, що «за законами Англії, будь-яке вторгнення у приватну власність, хоч на хвилину, є проступком. Ніхто не може навіть покласти ноги на мою землю без мого дозволу, оскільки нестиме відповідальність за цю дію, хоча вона не заподіє жодних збитків»⁵. У справі *Entick v Carrington* був підтверджений принцип, згідно з яким державний службовець повинен бути наділений визначеними законом повноваженнями щодо будь-якого втручання в приватне життя особи або його майно. З іншого боку, Таманага вказує на небезпеку надмірної активізації судів шляхом перевірки законів на предмет

⁴ Томас Бінгем. *Верховенство права*. Лекція URL: <http://legalitas.com.ua/ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/>

⁵ *Entick v Carrington* (1765) 19 St Tr 1029 (Court of Common Pleas).

забезпечення прав людини, оскільки за таких умов може мати місце втручання у сферу законодавства⁶.

2.3. Принцип верховенства права і вимоги правової визначеності. Правова визначеність як фундаментальна засада правової системи також складовою верховенства права. На думку В. Брюггера цей принцип проявляється в такому: а) чіткість визначення правових норм; б) чіткість у підпорядкуванні праву; в) стабільність правових норм; г) чітка інституційна відповідальність органів влади⁷. Лорд Бінгем з цього приводу висловився так⁸:

«Судді не мають права тлумачити закон так, щоб це тлумачення призводило до появи нових видів злочинів або до розширення підстав, з наявністю яких пов'язуються існуючі види злочинів, внаслідок чого ставала б кримінально караною поведінка, яка до цього такою не була, оскільки це порушувало б фундаментальний принцип, у відповідності з яким особа не підлягає кримінальному покаранню за дії, що не були кримінальним злочином у момент їх вчинення».

Правова визначеність є стрижнем верховенства права – правові акти повинні мати передбачуваний характер, щоб особа могла планувати свою діяльність на майбутнє, виходячи із розуміння їх положень самостійно або за порадою кваліфікованого правника. З точки зору взаємодії правових систем у Європі має значення вплив практики Європейського суду з прав людини та Суду ЄС на аргументацію рішень конституційних судів та верховних судів. Тут наявна горизонтальна взаємодія у формулюванні правил і процедур. Ключовим критерієм юридичної визначеності є передбачуваність положень писаного права, яке визначає правила, пов'язані із обмеженням особистої свободи та майна особи. Європейський суд з прав людини сформулював таке визначення якості закону⁹:

«Згідно із встановленою практикою Суду, однією з вимог, які впливають із фрази «встановлене законом», є можливість передбачити наслідки. Незважаючи на це, багато законів неминуче містять формулювання, які більшою чи меншою мірою розпливчасті і тлумачення та застосування яких є питаннями практики. Роль винесення судових рішень, яку виконують суди, полягає саме в тому, щоб розвіювати такі сумніви щодо тлумачення, якщо вони залишаються. Проте рівень точності, який вимагається від внутрішнього законодавства, значною мірою залежить від змісту відповідного документа, сфери, яку він має охоплювати, а також кількості і статусу тих, кому він адресований. Через загальний характер конституційних положень рівень точності, який від них вимагається, може бути нижчим, ніж вимагається від іншого законодавства».

⁶ Таманага Б. Верховенство права: Історія. Політика. Теорія [пер. з англ. А. Іщенко]. К. : Київ.-Могилян. академія, 2007. С. 107, 126-127

⁷ С. 211-212

⁸ Томас Бінгем. *Верховенство права*. Лекція URL: <http://legalitas.com.ua/ua/ukr-t-bin%D2%91em-verhovenstvo-prava/>

⁹ *Rekvenyi vs. Hungary*

Як підкреслює Кевін Стак, верховенство права передбачає обов'язок органів влади та судів ухвалювати послідовні рішення; вони несуть відповідальність за втілення законів у життя, якими вони керуються, таким чином, щоб сприяти узгодженості права, включаючи впровадження їх законів у спосіб, який узгоджується з конституційними міркуваннями та іншими фундаментальними цінностями [35]. Це впливає із засади законних очікувань. У свою чергу, Європейський суд з прав людини поширив ці вимоги і на практику застосування та тлумачення законів¹⁰:

«175. Проте, Суд визнає, що в деяких областях може бути важко сформулювати закони досить точно, і певна ступінь гнучкості може бути навіть бажаною для того, щоб національні суди застосовували закон у світлі своєї оцінки необхідних заходів з урахуванням конкретних обставин кожної справи (див. Goodwin v. the United Kingdom, 27 March 1996, § 33, Reports 1996 II). Це логічно впливає з принципу, що закони повинні мати загальне застосування, а формулювання законодавчих актів мають бути не завжди точні. Необхідність уникати надмірної жорсткості і враховувати мінливі обставини означає, що багато законів неминуче сформульовані в більшій чи меншій мірі невизначено. Тлумачення і застосування таких законів залежать від практики (див. Gorzelik and Others v. Poland [GC], no. 44158/98, § 64, ECHR 2004 I)».

2.3. Принцип верховенства права: незалежність суду та обов'язок захисту. В основі верховенства права лежать гарантії незалежного та безстороннього суду. Європейський суд з прав людини висуває чотири елементи незалежності суддів: спосіб призначення, термін повноважень, наявність гарантій проти зовнішнього тиску, у тому числі з бюджетних питань, а також, чи виглядає судова система незалежною та неупередженою (*Campbell and Fell v. the United Kingdom, § 78*). Тому не випадково лорд Ірвін Лейрг у справі *Boddington v British Transport Police* наголосив:

«Є загально визнаним, що для забезпечення верховенства права та збереження свободи важливо, щоб особи, які постраждали від застосованих виконавчою владою юридичних заходів, мають мати справедливу можливість оскаржити ці заходи та відстоювати свої права в судочинстві».

Верховний Суд США наголосив на важливості незалежності суду та важливості функції суду у добудові права у разі, коли позитивне право не надає достовірної відповіді при розв'язанні певних проблемних питань права¹¹:

«Наша конституційна система розвивається так, що люди не зобов'язані чекати змін в законодавстві, щоб відстоювати свої фундаментальні права. Двері судів в нашій країні відкриті для всіх, кому завдано збитків, хто входить в ці двері заради своєї безпосередньої, особистої долі нашого основного закону. Людина може вдатися до права на конституційний захист, коли йому або Конституції завдано шкоди, - нехай навіть широка громадськість і не визнає цього факту, а закон не діятиме. Сама ідея Конституції - в тому, щоб

¹⁰ Volkov v. Ukraine

¹¹ Обергефелл проти Годжеса

«захистити деякі предмети від мінливості політичних зіткнень, помістити їх поза досяжністю чиновників і представників більшості, надати їм статус правових принципів, обов'язкових для застосування судами». Ось чому «фундаментальні права не можуть бути затверджені або скасовані голосуванням; їх доля не повинна залежати від результатів яких би то ні було виборів»

Верховенству права суперечить практика довільного застосування закону. Тому не випадково Девід Келкат у своєму звіті, що стосувався ситуації на Кіпрі, наголосив: «У нашому суспільстві для парламенту, а не для слідчих, хоча і щиро та добре обґрунтовано, вирішити, коли і за яких обставин інтереси особи повинні бути підпорядковані інтересам суспільства в цілому». За таких вимог, політичні демонстрації, промислові дії та інші форми бойової активності іноді можуть спровокувати реакцію влади винятково для того, щоб вжити належні і законні заходи. Це має важливе значення для забезпечення національних інтересів, особливо у світлі досвіду протистояння поліції та спецслужб України проти підривної діяльності.

3. Гідність людини: основні концепції та самовизначення особи

3.1. Людська гідність: цінність-універсалія чи спекуляція у праві? Людська гідність як цінність чи принцип розглядається часто у християнській етиці і транзитом через європейську традицію права вона знайшла своє закріплення у міжнародному праві. Зокрема, у Преамбулі Міжнародного пакту про громадянські та політичні права прямо вказується, що «права впливають з властивої людській особі гідності».

Сьогодні склалися такі основні концепції людської гідності. Згідно із *християнською етикою* людська гідність виражає божественну сутність людської природи, про що Св. Августин писав так: «Людину, яка не розуміє своєї гідності, можна порівняти зі скотиною беззмисловою і вподібнювати до неї». Згідно із *морально-етичним підходом* Імануїла Канта людина має розглядатися як мета, а не засіб. *Інтегративний підхід* акцентує увагу насамперед на самовизначення особи, гарантоване юридичними засобами, що є серцевиною розуміння людської гідності.

Сьогодні прийнято вважати, що сутнісний зміст гідності людини складають можливість індивіда самоідентифікуватися, самовиражатися та вільно розвиватися як особистості у всіх її проявах. Це має важливе значення для характеристики прав людини і основоположних свобод, зокрема того, чи мають вони універсальний характер. У доктрині визнано, що гідність є основоположним правом, яке передбачає три ключових компоненти: право особи на самовизначення, самозбереження та публічне самовираження¹². Вітчизняний теоретик права Петро Рабінович наголошує, що гідність людини поєднує у собі раціональні та ірраціональні

¹² Гайс Е. Федеративна Республіка Німеччини: право особи в судовій практиці Федерального Конституційного Суду. Мартиненко П.Ф., Кампо В.М. (ред.) *Права і свободи людини і громадянина в Україні (доктрина Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України)*. Київ: Юрінком Інтер, 2013. С. 53-60.

начала. У процесі безпосереднього застосування поняття гідності людини набуває таких конотацій: 1) філософська основа, елемент антропологічної концепції у праві; 2) морально-правовий стандарт; 3) елемент законодавчих дефініцій, що формулюється для досягнення конкретних цілей відповідного міжнародного правового акту; 4) стандарт, якому суперечить явище, що засуджується відповідним міжнародним правовим актом; 5) об'єкт протиправних порушень без одночасної вказівки таких порушень; 6) об'єкт можливих протиправних порушень з одночасною вказівкою на такі; 7) об'єкт державно-правового захисту; 8) ідеал, до якого має привести процес, підтримуваний даним міжнародним правовим актом¹³. Водночас зводити сутність гідності людини лише до змісту міжнародних правових актів недостатньо. Адже йде мова про власне моральне виправдання гідності людини як самодостатньої цінності, а також тих обставин, що міжнародні стандарти захисту прав людини: а) доповнюють національні засоби юридичного захисту (принцип комплементарності) та б) встановлюють мінімальні стандарти захисту прав людини. Це має вирішальне значення для тлумачення прав людини у контексті ефективності засобів їх юридичного захисту та конкуренції між національною та міжнародною і наднаціональною юрисдикціями.

3.2. Конституційна юриспруденція про людську гідність. Загалом існує різна градація конституційних цінностей. Зокрема, європейська модель тяжіє до визнання людської гідності як основоположної цінності, а американська – визнає свободу в якості провідної цінності. У свою чергу, Аарон Барак наголошує на відносному (релятивному) характері людської гідності як цінності, що зумовлено особливостями різних цивілізацій¹⁴. Така дискусія впирається у систематику юридичної аргументації актів конституційної юстиції та правила визнання, який лежить в основі демократичної легітимності законодавства.

У конституційній доктрині людська гідність розуміється дуально як цінність та суб'єктивне публічне право. Про це також йшла мова в останньому рішенні Конституційного Суду № 5-р/2018, в якому було також розмежовано соціальні права від привілеїв і зазначено, що пільги не підпадають під конституційні гарантії.

а) Складники гідності. Питання людської гідності як основоположного конституційного рішення завжди є важливою складовою аргументації рішень органів конституційної юстиції. На прикладі прав внутрішньо переміщених осіб можна продемонструвати їхні характеристики.

Вимушене, силове переміщення особи із постійного місця проживання є запереченням сутності *самовизначення* особи, оскільки свобода вибору місця помешкання доволі часто є одним із визначальних чинників самоідентичності особи. Та обставина, що особу переслідують і вона у зв'язку із потенційною загрозою та обґрунтованими підставами може бути переслідуваною, істотно *обмежує її можливість стверджуватися як індивіду*. Тут немає умов для вільного суспільства, оскільки збройний конфлікт, анексія територій та зміна соціальної структури істотно змінює юридичні засоби забезпечення життя *особи і її розвитку як вільного індивіда*.

¹³ Рабінович П.М. (ред.) *Права людини: соціально-антропологічний вимір*. Львів: Світ, 2006. С. 170-171.

¹⁴ Barak Aharon, *Human Dignity as Constitutional Value and Right*, Oxford University Press, 2015, p. 3-8.

б) *Права людини мають дуальну структуру.* Багатьма вони визнаються певними правилами, як певне мірило чи масштаб свободи. Водночас у своєму висновку European Court of Justice від 18 грудня 2014 року визнав, що сукупність прав людини, гарантованих Європейським Судом з прав людини складають систему принципів права, які він поважає і застосовує у своїй практиці на засадах комплементарності.

Федеральний конституційний суд Німеччини визнав як посягання на гідність особи положення федерального закону, який зобов'язував главу сім'ї інформувати виконавчу владу про місце і тривалість «святкових поїздок та поїздок на відпочинок» під страхом сплати адміністративного штрафу у розмірі 100 дойчмарок, як такий, що посягає на гідність людини та сферу приватного життя членів, вказавши, що гідність людини в системі конституційних цінностей посідає «провідне значення» (set of values, human dignity is of paramount importance)¹⁵.

3.3. Конституційне визнання людської гідності. Конституційне закріплення людської гідності варте уваги хіба що з точки зору юридичної визначеності, хоча жодна конституція не може дати її визначення – це питання доктрини і конституційної юриспруденції. Зокрема, Конституція Іспанії проголошує людську гідність як «основу політичного порядку і соціального миру» (стаття 10.1). Основний Закон Німеччини у ст. 1 дає таку характеристику людської гідності:

«(1) Людська гідність недоторканна. Поважати і захищати її обов'язок всякої державної влади.

(2) У силу цього німецький народ визнає непорушними і невідчужуваними права людини як основу будь-якого людського співтовариства, миру і справедливості у світі».

Угорська Конституція раніше у статті 54 (1) визначала людську гідність як природне право, якого ніхто не може позбавити свавільно. Конституція України у ст.3 доволі сумбурно приділяє увагу людській гідності, оскільки характеризує її як «соціальну цінність» поряд із людиною, життям і здоров'ям людини, честю, недоторканністю та безпекою, хоча перераховані конституційні блага не є однопорядкові щодо людської гідності, оскільки вони походять від неї або навіть можуть служити критерієм її обмеження (безпека).

4. Свобода і приватна автономія, свобода волі і свавілля

4.1. Структура свободи. Проблема свободи у конституційному праві виражає ступінь втручання держави у суверенний вибір особи. Це презюмує особистий і відповідальний вибір бажаного і оптимального варіанта особою для реалізації своїх життєвих стратегій і мети. Таким чином, свобода передбачає певне самовизначення особи, яке формалізується через вільний вибір певного варіанта поведінки. Навіть у разі перебування особи на цивільній чи мілітарній службі у разі одержання явного

¹⁵ BVerfGE 27, 1 (6) (Microcensus case, 1969).

незаконного чи злочинного наказу, вона має вибір: виконати його, подати у відставку з посади, доповісти про таке розпорядження на вищій щабель влади чи інформувати громадськість про це. У конституційному сенсі свобода має наступні виміри:

- *Негативна свобода* – відсутність втручання у самовизначення особи з боку держави і третіх осіб, відсутність будь-якого утиску, гарантії вільного волевиявлення індивіда;
- *Позитивна свобода* – втручання у сферу приватної автономії задля вирівнювання можливостей індивідів у державно організованому суспільстві;
- *Відповідальність вибору особи* за умов відсутності втручання чи утисків, або у разі втручання задля вирівнювання її можливостей

В умовах дискусії глобалізації та конституційного патріотизму, дилема між свободою та формами соціальної солідарності насправді знімається через відкриття можливостей реалізації свобод на міжнародному та транснаціональному рівні. Це потенційно створює поле тиску на національні держави, що виражається у діяльності як національних, так і міжнародних правозахисних організацій. Зокрема, Ульріх Бек вказує на такі інструменти впливу на національні уряди з боку цих структур: а) засоби моніторингу та контролю за додержанням прав людини; б) формування міжнародної мережі контролю за станом додержання прав людини; в) координація міжнародної мережі контролю у галузі прав людини з міжнародними організаціями, які у зв'язку із такою ситуацією можуть пов'язувати застосування економічних санкцій проти національних держав¹⁶. У кінцевому результаті це сприяє створення нових ареалів свобод та можливостей вільного розвитку індивіда.

4.2. Свобода і приватна автономія, свобода волі і свавілля: сутність. Розуміння свободи має значення для конструювання права людини – американська система конституційних цінностей тяжіє до визначення прав людини як певних меж здійснення свободи щодо певних конституційних благ. Континентальна система права у силу певної сакралізації тексту, який наповнюється смислами через герменевтику тлумачення у конкретному соціальному середовищі завжди знаходиться у пошуку формалізації свободи. Це в Україні виплинуло на конструювання змісту прав, наприклад, у формі права на свободу вираження чи права на свободу економічної діяльності тощо, хоча свобода тут вочевидь є первинною щодо права.

Приватна автономія визначає суверенний вибір особи, який ні від кого не залежить і на такий вибір особи не вчиняється тиск. Це також мистецтво особи в умовах пресингу приймати зважені рішення, побудовані на повазі до гідності та свободи іншої особи. У такий спосіб особа набуває ідентичності, тобто стає повнокровним індивідом. Таким чином, свобода тісно пов'язана із відповідальним вибором варіанта поведінки. Це критично важливе для розмежування свободи волі та сваволі. Свавілья передбачає довільний вибір, незважаючи на блага та цінності інших суб'єктів, зокрема свавілья руйнує демократичну легітимацію правил. Така передбачає максимізацію правового

¹⁶ Бек Ульріх. *Влада і контрвлада у добу глобалізації. Нова світова політична економія*. Київ: Ніка-Центр, 2015, с. 115.

регулювання, в основі чого лежить баланс інтересів, який ґрунтується на відповідальному виборі варіанта поведінки. Звідси формуються конструкти правової визначеності та передбачуваності права, на основі чого власне носії прав можуть планувати свою діяльність на майбутнє. Саме на вільному та відповідальному виборі індивіда наголошує Верховний Суд США при інтерпретації свободи¹⁷:

«...до цих свобод належить можливість здійснювати особистий вибір, якщо такий вибір є критично важливим для гідності і автономії особистості, включаючи ті випадки, коли мова йде про той чи інший вибір в інтимній сфері, що виражає переконання або самоідентифікацію людини. Визначення та захист фундаментальних прав є невід'ємною частиною професійного обов'язку суддівського корпусу, що полягає в тлумаченні Конституції. Обов'язок цей, однак, «не зводиться до використання будь-якої простої формули». Швидше навпаки, від суду вимагається виносити обґрунтовані рішення про визнання прав особистості настільки фундаментальними, що держава зобов'язана їх поважати».

Свобода висуває вимоги до держави поважати вибір особи та гарантувати множину варіантів такого вибору, оскільки це є важливим для вільного розвитку особистості у вільному демократичному суспільстві.

4.3.Поняття негативної свободи згідно з Ісайєю Берліном. Співвідношення між свободою та мірою втручання у приватну автономію виражає принцип пропорційності¹⁸. За цим принципом держава не повинна накладати на особу надмірних обмежень, які б посягали на сутність змісту основного права і перевищували межі необхідності, що впливають з публічного інтересу. Відповідно у європейській практиці вироблено критерії втручання держави через інтерпретацію конструкцій «передбачено законом», «необхідний у демократичному суспільстві» тощо.

На думку Ісайї Берліна, «обсяг моєї свободи, напевно, залежить від (а) кількості можливостей, що відкриваються...; (б) того, чи легко або складно здійснити ці можливості; (в) того, наскільки вони важливі і порівнянні з іншими для мого життєвого пану, з урахуванням мого характеру та обставин; (г) того, насамкінець, як цінить різні можливості не лише сам суб'єкт, але і суспільство, в якому він живе».

За таких умов закон може розглядатися як засіб забезпечення свободи індивіда на вільний розвиток своєї особистості за однакових обставин та рівних умов. Відповідно, конституція як нормативний акт містить мінімальні гарантії свободи індивіда від неправомірного втручання держави у його можливості самостійно і відповідально приймати рішення. З іншого боку, конституція повинна гарантувати засоби забезпечення

¹⁷ Оберґефелл проти Годжеса

¹⁸ Погребняк С.П. *Основні принципи права (змістовна характеристика)*. Х.: Право, 2008. С. 192-204; Шлоер Б. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві, *Український правничий часопис*. 2003. № 3 (8); Шевчук С. Значення загально правового принципу пропорційності для визначення конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід), *Вісник Академії правових наук України*, 2000. № 1 (20).

рівності і справедливості, якщо різні індивіди перебувають у різному положенні у суспільстві і мають різні можливості реалізації своїх здібностей.

4.4. Поняття свободи у рішенні КСУ № 2-рп/2016. У практиці Конституційного Суду України питання свободи виникає періодично, із запровадження конституційної скарги це питання стоятиме ще гостріше. На цей час КСУ вже заклав методологічні засади розуміння свободи у справі про поміщення особи в психіатричний заклад. Пов'язавши процедуру поміщення особи в психіатричний заклад із конституційною заборонаю довільного обмеження без судового контролю, Суд акцентував на цінність свободи у вільному демократичному конституційному порядку наступним чином:

«Право на свободу є невід'ємним та невідчужуваним конституційним правом людини і передбачає можливість вибору своєї поведінки з метою вільного та всебічного розвитку, самостійно діяти відповідно до власних рішень і задумів, визначати пріоритети, робити все, що не заборонено законом, безперешкодно і на власний розсуд пересуватися по території держави, обирати місце проживання тощо. Право на свободу означає, що особа є вільною у своїй діяльності від втручання, за винятком обмежень, які встановлюються Конституцією та законами України».

Ця справа також стосується визначення меж для встановлення законодавцем підстав для обмеження свободи індивіда. Суд послався на положення ст.5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та відповідне прецедентне право Європейського суду з прав людини, якими власне Верховна Рада Україна зв'язана згідно засад поваги до міжнародних стандартів захисту прав людини, мінімальні вимоги захисту яких держава має додержуватися у своєму національному законодавстві.

5. Принцип пропорційності: зміст трискладового тесту.

5.1. Принцип пропорційності та допустимі межі обмеження прав людини. принцип соціальної держави передбачає визначення балансу інтересів у суспільстві – між державою і громадянами, працівниками і роботодавцями, між профспілками і роботодавцями тощо. Забезпечення такого балансу не може посягати на сутнісний зміст прав людини й основоположних свобод (*the very essence of the right*). Цей баланс забезпечується через мистецьке поєднання конституційних принципів, які можуть конкурувати та мати кореляцію між собою. Зокрема, принцип пропорційності, який має подвійне значення у вузькому розумінні якраз із застосовується у якості балансування між цінностями і принципами права. У широкому розумінні принцип пропорційності визначає легітимність втручання публічної влади у приватну автономію особи на основі закону, якщо існує нагальна необхідність такого втручання у демократичному суспільстві за допомогою адекватних засобів, що відповідають законній меті.

Згідно із Робертом Алексі, критерію пропорційності відповідає формула балансування, яка має внутрішні та зовнішні аспекти. Згідно із внутрішнім аспектом обґрунтування інтенсивність обмеження прав людини має переслідувати принаймні дві

цілі, з урахуванням їхньої ваги, а також гнучкість емпіричних припущень¹⁹. Зокрема, цьому критерію можна цілком застосовувати критерії обмеження права на недоторканність особистого та сімейного життя та мету боротьби із тероризмом. Загалом є два розуміння принципу пропорційності:

а) широке як трискладового тесту, згідно з яким запровадження обмежень прав людини має здійснюватися на основі закону, бути необхідними у демократичному суспільстві, заходи мають відповідати покладеній легітимній меті;

б) вузьке як балансування між цінностями, зокрема між правами людини та національною безпекою, правами конкретного індивіда та правами інших осіб тощо.

5.2. Пропорційність і трискладовий тест. Широке розуміння принципу пропорційності, яке ще називається трискладовим тестом, ґрунтується на аналізі правового масиву за основними трьома критеріями:

а) *законність – легітимність мети.* Втручання в здійснення основного права має ґрунтуватися на повноваженнях, чітко визначених у законі. Закон може надавати певну свободу розсуду публічній адміністрації чи судовим органам, однак всі колізії чи недоліки мають інтерпретуватися таким чином, щоб не заподіювати перепон у здійсненні основного права, а забезпечити якомога краще їхнє здійснення;

б) *необхідність у демократичному суспільстві.* Запроваджені заходи мають бути нагальними, вирішувати невідкладно важливу суспільну проблему, забезпечуючи баланс інтересів у неоднорідному суспільстві. За цим критерієм втручання характеризується ступенем інклюзивності, тобто включенням зацікавлених акторів у процес ухвалення рішень, які стосуються сутнісного змісту основного права та вимог належної правової процедури, яка визначає параметри легітимності владних рішень;

в) *доречність заходів – адекватність обраних заходів відповідно до законної мети.* Між втручанням державного органу та метою, задля якої воно застосовується, має існувати чіткий зв'язок. Як зазначає Юлія Євтошук, як в правотворчості, так і в правозастосуванні в основі мети, якої має бути досягнуто, лежить баланс відповідних публічних та приватних інтересів, однак вони набувають конкретно-правового характеру, оскільки стосуються визначеного кола осіб. Тому і зв'язок між заходом та метою має бути очевидний і достатній з урахуванням обставин конкретної справи, зокрема заходи мають бути індивідуалізовані²⁰. При цьому запроваджені заходи не можуть посягати на сутнісний зміст основного права та накладати надмірні обтяження або несумірні заходи юридичної відповідальності з урахуванням тяжкості порушення та особи правопорушника.

5.3. Принцип балансування (вузьке розуміння пропорційності). Отто Пферсман звертає увагу на те, що відсутність чіткої конституційної основи для використання принципів розумності та сумірності у конституційному контролі (традиційно саме

¹⁹ Alexy Robert. Balancing, constitutional review, and representation, *International Journal of Constitutional Law*, 2005, No. 3, P. 575.

²⁰ Юлія Євтошук, *Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права*. Київ: Університет економіки і права «Крок», 2015. С. 101.

конституція розглядається як вищий критерій цього контролю), призводить до обмеження законодавчої компетенції більше, ніж положення самої конституції²¹. У свою чергу, Лоуренс К'єстра наголошує на сталій практиці Верховного суду Австралії, який в одній із своїх справ наголосив на доктрині сутнісного змісту права на судовий захист зазначив, що при запровадженні певних обмежень щодо доступу до суду необхідно зважати на принцип пропорційності, який передбачає адекватність між застосовуваними засобами та метою, яка досягається²². Це вимагає балансування у правовідносинах, зокрема, в ході законодавчого регулювання, так і в адміністративній та судовій практиці. Як пише Марк Ташнет²³:

«Балансування являє собою метод, в якому суд описує всі міркування щодо визначення межі – в якому ступені урядовий інтерес змінює призначення правового регулювання у сторону погіршення конституційних цінностей тощо з метою задоволення певних інтересів та визначає порушення інших» [7, с. 71].

Із субстантивної (змістовної) точки зору тут йде мова про балансування між конституційними цінностями, яке містить потенційну безпеку для прав людини і основоположних свобод згідно із поглядами Ренати Віц та Ондраша Шайо²⁴. Якраз балансування між конституційними цінностями складає природу діяльності конституційного правосуддя. Основним критерієм правомірності виступають тут засади верховенства права, принцип пропорційності та повага до прав людини. Гідність людини є провідною конституційною цінністю (наприклад, згідно зі статтею 3 Конституції України це є основоположне юридичне рішення), з якої Конституційний Суд може визначати межі допустимого втручання публічної влади у сферу приватної автономії згідно із трискладовим тестом (на основі закону, суспільна необхідність, доречність і достатність застосовуваних заходів). Тому ця конкуренція цінностей не може мати настільки згубні наслідки згідно із Віц та Шайо, хоча вони справедливо наголошують при цьому на небезпечності владної сваволі, яка може породити відповідні проблеми при розгляді конституційних скарг. Однак принцип балансування вимагає високого рівня компетентності конституційного судді і вільне володіння технікою обґрунтування судового рішення, виходячи із суті основних напрямків сучасної конституційної доктрини. Водночас це орієнтує конституційних суддів на кращі зарубіжні зразки захисту прав людини конституційними судами чи аналогічними установами та прецедентне право Європейського суду з прав людини.

6. Права людини: загальні засади конституційного конструювання прав людини.

²¹ Пферсманн О. Ограничение компетенции законодателя посредством использования вспомогательных принципов (разумности и соразмерности), выработанных в практике конституционных судов, *Сравнительное конституционное обозрение*. 2007. № 1(58). С. 121-127.

²² Kiestra Lawrence R. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International*. Springer Publishing, 2014. p. 138.

²³

²⁴ Уитц Р. Конституционные ценности в практике конституционного правосудия Венгрии, *Сравнительное конституционное обозрение*. 2007. № 2 (59). С.79-124.

6.1. Основні підходи у конструюванні прав людини. Права людини формулюються із розуміння людської гідності, що зумовлює їх конструювання та визначення негативних і позитивних обов'язків держави. Як додаткове джерело обґрунтування прав людини служать принципи свободи і рівності, що зумовлює балансування між цими цінностями у практиці Конституційного Суду. Із положень статті 3 Конституції випливає наступний сутнісний зміст прав людини:

а) вони виражають правомірну вимогу особи (носія) до держави (адресата) щодо захисту порушеного інтересу чи доступу до матеріальних і духовних благ. Такі вимоги визначають загальні стандарти поведіння публічної влади із приватною особою: можливість особи бути заслуханою, обов'язок компетентного органи з'ясувати всі істотні обставини справи, обґрунтованість рішень, можливість оскаржити рішення тощо.

б) обов'язок захисту державою – дихотомія негативних і позитивних обов'язків. На цій підставі держава має ухилятися від вчинення дій, спрямованих на встановлення таких обмежень та обтяжень, які можуть посягати на сутнісний зміст права. З іншого боку, держава покликана забезпечити належне розслідування обставин порушення прав та вжити заходів щодо забезпечення їх поновлення.

в) втручання держави у приватну автономію особи ґрунтується на виконанні державою позитивних обов'язків, які можуть здійснюватися у формі законодавства, актів публічної адміністрації щодо його конкретизації та інтерпретації в актах судової влади.

У світлі таких обов'язків держави існує три основні підходи до конституційного конструювання прав людини як (1) негативних прав, (2) прав на участь та (3) позитивних прав. Нижче буде дана характеристика особливостей формалізації основоположних прав, не вдаючись у деталізацію їх сутнісного змісту, що буде розглянуто у наступній темі.

6.2. Конструювання негативного права на прикладі права на свободу і особисту недоторканність. Оскільки недоторканність стосується сутності цілісності особи (individual integrity), то на прикладі права на свободу і особисту недоторканність (с. 29 Конституції України) можна продемонструвати яким чином будують юридичні конструкції, які лежать в основі негативних прав, тобто тих права, які забороняють свавільне втручання з боку держави і їх здійснення не залежить від волі держави.

i) Насамперед встановлюється абсолютна заборона довільного втручання у приватну автономію особи:

«Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність.»

Під цією заборонаю насправді приховується, як вже вище було зазначено, певні межі для законодавця щодо встановлення підстав для обмеження особистої свободи, які впливають із міжнародних зобов'язань України та положень ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

ii) Далі визначаються підстави легітимності втручання, які за сутністю складають винятки із заборони:

«Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом».

iii) Конституція встановлює процедурні гарантії недопущення свавілля при особливих випадках чи нагальній необхідності. Такі гарантії поєднують у собі формальні підстави для обмеження свободи особи у поєднанні із природним правом особи на самозахист від нападника чи можливості затримання особи, дії якої є протиправними. За таких умов встановлюється вимога невідкладної судової перевірки щодо наявності підстав для тримання особи під вартою:

“У разі нагальної необхідності запобігти злочинів чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.”

iv) Далі встановлюються особливі процесуальні гарантії, відомі сьогодні як “правило Міранди”:

«Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника.»

v) Вимога судового контролю впливає із фундаментальної вимоги, згідно з якою рішення про обмеження певного права може здійснюватися виключно на основі судового рішення:

«Кожний затриманий має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання.

Про арешт або затримання людини має бути негайно повідомлено родичів заарештованого чи затриманого.»

6.3. Конструювання інтегративного права: право на мирні зібрання. Право на мирні зібрання є прикладом інтегративного права, оскільки воно є самодостатнім у сенсі певної форми прояву політичної активності громадян, такі доволі часто виступають і джерелом реалізації права на громадські та політичні об'єднання. На прикладі ст. 39 Конституції України з урахуванням конституційної юриспруденції та практики ЄСПЛ можна окреслити такі специфічні риси формування права на мирні зібрання.

i) Конституція визначає основні риси зібрань: а) мирний характер; б) беззбройний характер; в) організований характер та г) про їх проведення організатори мають попередньо повідомити органи публічної влади. Зібрання є одним із засобів формування думки громадян, формування громадської і політичної думки. Таким шляхом народ отримує додатковий засіб впливу на хід та зміст прийняття владних рішень. Свобода зібрань також є засобом контролю населення над владою.

Конституційний захист поширюється на мирні зібрання. У випадку проведення демонстрації може виникнути колізія тлумачення, оскільки проведення демонстрацій може супроводжуватися певними провокаціями, безчинством, що може загрожувати громадському порядку. Однак провокування під час демонстрації не завжди означає посягання на мирне життя. Якщо ж збираються особи, що мають явний намір спровокувати масові заворушення, то таке зібрання не підпадає під конституційний захист (ст. 39.2 Конституції України).

ii) Вимога попереднього сповіщення. Якщо риси а)-в) мають цілком очевидний характер і вони виражають сутнісний зміст цього права, то вимога щодо попереднього сповіщення не верифікується як належна сутнісна його характеристика. Якщо зважати на прецедентне право ЄСПЛ, то таке положення Конституції України є незастосовним, оскільки воно по суті обмежує право на мирні зібрання і таке обмеження не базується на положеннях ст. 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Така вимога є запереченням права на спонтанні мітинги.

Наприклад, наприкінці жовтня 2013 р. міськвиконком Ужгорода ухвалив рішення про скасування осінніх канікул школярам та збільшення зимових канікул. Рішення мотивувалося міркуваннями економії енергоресурсів за рахунок зменшення енергозатрат на опалення шкіл на період зимніх канікул. Однак таке рішення було ухвалено після обіду п'ятниці, тобто в день, коли навчання у школах завершилося і учням було видано табелі про успішність за першу чверть навчання. Завдяки розголосу про цю подію через мережу Фейсбук через півтори години на пл. Поштовій за місцем знаходження міськвиконкому зібрався масовий спонтанний мітинг протесту проти такого рішення. Міська влада була змушена скасувати це свавільне рішення. В Ужгороді цей мітинг пізніше охарактеризували як місцеву репетицію Революції гідності, яка розпочалася в Києві через місяць після цих подій.

iii) В якості форм проведення мирних зібрань Конституція України згадує збори, мітинги, походи і демонстрації. Однак цей виключний перелік є анахронізмом і не відповідає сутнісному змісту цього права як основоположного, оскільки у ст. 23 Конституція України гарантує свободу розвитку особистості і в цьому контексті формою мирного зібрання може бути пікет, флешмоб, концерт чи публічне богослужіння у громадському місці (освячення паски чи хресна хода) тощо.

iv) Критерії обмеження. Обмеження може встановлюватись лише судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку (з метою запобігання злочинам чи заворушенням, для захисту прав і свобод інших людей або для охорони здоров'я населення). Основою обмежень свободи зібрань є забезпечення конституційної вимоги їх мирного і беззбройного характеру. Разом з тим конституційні положення мають загальний характер, які конкретизуються у законодавстві про національну поліцію, спецслужби щодо забезпечення громадської безпеки під час мирних зібрань, а також у законодавстві про місцеве самоврядування та благоустрій населених пунктів. Саме з цих причин суддя *ad hoc* від України Станіслав Шевчук в окремій думці у

справі Шмушкович проти України обґрунтовано навів аргументи, що не існує особливої потреби ухвалення закону про мирні зібрання, оскільки порядок їх проведення зумовлений політичною активністю громадян, а забезпечення громадського порядку та благоустрою територій вже належним чином врегульовано в законодавстві.

v) **Обов'язок захисту.** Держава несе низку негативних і позитивних обов'язків щодо забезпечення права на мирні зібрання. До негативних обов'язків держави належить: невтручання у здійснення права на мирні зібрання; не застосування надмірних обмежень до його здійснення, які можна за характером прирівняти до фактичного надання дозволу на проведення мирного зібрання; не застосування непропорційних конклюдентних дій чи спецзасобів до учасників зібрань з боку поліції та сил спецпризначення. До позитивних обов'язків держави належать: забезпечення громадського порядку та благоустрою під час проведення мирного зібрання; попередження випадків та усунення громадського протистояння під час зібрань; забезпечення громадського порядку під час наявності контрмітингів або у разі нападу третіх осіб на учасників мирного зібрання; розслідування ситуацій при перевищенні повноважень і непропорційного застосування сили до учасників зібрань з боку поліції чи сил спецпризначення.

6.4. Конструювання соціального права: право на соціальний захист. Слід наголосити, що не всіх країнах соціальні права знаходять своє конституційне формулювання, оскільки вони формулюються від позитивних обов'язків держави та принципу соціальної держави. З іншого боку, вдалим прикладом конструювання соціальних прав є Європейська соціальна хартія (переглянута), в якій чітко визначено структуру соціального захисту конкретного права, основні позитивні обов'язки держави у його забезпеченні та винятки із гарантії, які дають можливість державі не виконувати певні позитивні обов'язки, не посягаючи на сутнісний зміст конкретного соціального права. Право на соціальний захист має горизонтальну і вертикальну структуру.

i) Горизонтальна структура зумовлена права на соціальний захист визначається видами такого захисту, який ґрунтується на засадах правової визначеності та законності очікувань. Такі вимоги впливають із їх регулювання у конституції, що накладає на законодавця позитивний обов'язок щодо їх належного правового регулювання відповідно до поваги до людської гідності та забезпечення принципу правової держави. Згідно із Конституцією виділено п'ять сфер забезпечення права на соціальний захист у разі:

- а) втрати працездатності;
- б) втрати годувальника;
- в) безробіття з незалежних від особи обставин;
- г) старості;
- д) інших випадках, згідно із свободою розсуду законодавця, яка має відповідати засадам соціальної державності, поваги до гідності людини та економічної спроможності держави.

ii) Вертикальну структуру права на соціальний захист складають позитивні обов'язки держави, оскільки право на соціальний захист особи залежить від здійснення державою комплексу наступних заходів:

- а) повноти (інтенсивності) законодавчого регулювання відповідної соціальної допомоги чи виду соціального захисту в такому ступені, щоб отримання соціальної допомоги чи захисту особою не залежало від ухвалення урядом чи відомством регуляторного акту; такі регуляторні акти можуть встановлювати особливості здійснення внутрішньо організаційних питань відомства у сфері соціального захисту;
 - б) система соціального страхування, яка має диференціюватися у залежності від виду соціального захисту, діяльність яких має бути підконтрольна і підзвітна; наприклад, якщо йде мова про пенсійне забезпечення, то законодавство має враховувати реальну демографічну ситуацію та ринок зайнятості, структуру ринку праці, виходячи з чого обирати модель страхування на випадок пенсії та регулювати її у законах;
 - в) діяльність установ, які надають соціальні допомоги та соціальні послуги і фінансуються з державного бюджету; також держава має підтримувати і приватні установи, які надають соціальні допомоги і послуги;
 - г) адресний характер соціальної допомоги і соціальних послуг, тобто надання таких лише особам, які є вразливими і потребують реальної підтримки з боку держави чи осіб, які займаються такого роду діяльністю.
- iii) При секвестрі (скороченні) видатків на соціальні допомоги та соціальні послуги, виходячи із засад соціальної держави та правомірних (законних) очікувань, необхідно додержуватися таких вимог:
- а) уряд може ініціювати процедури секвестру шляхом звернення до парламенту з метою проведення попереднього слухання, за результатами консультацій отримати відповідну резолюцію, в якій мають бути вказані параметри законопроекту про секвестр на соціальні видатки;
 - б) розробити і внести законопроект на розгляд парламенту відповідно до визначеною резолюцію про параметри такого законопроекту;
 - в) законопроект про секвестр на соціальні видатки не може посягати на сутнісний зміст певного права на соціальну допомогу, тобто така соціальна допомога має зберігати свій періодичний характер і забезпечувати необхідні життєві потреби індивіда, які мають поважати людську гідність;
 - г) секвестр соціальних видатків має носити тимчасовий характер і після закінчення цього строку уряд має звітувати перед парламентом стосовно вжитих заходів та щодо вжиття заходів на поновлення відповідних соціальних видатків.

7. Рівність і заборона дискримінації

7.1. Зміст принципу недискримінації. У конституційному праві принцип рівності трактується двояко як принцип визнання, так і розподільчий принцип. Розуміння рівності як розподільчого принципу важливе для юридичного обґрунтування нормативності

(зобов'язального характеру) соціальних прав, пряма дія яких має специфічну природу²⁵. У свою чергу, заборона дискримінації притаманна європейській системі захисту прав людини, яка ґрунтується на Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та прецедентному праві Європейського суду з прав людини.

Термін «дискримінація» походить від латинського слова «discriminatio» (розрізнення) і означає обмеження або позбавлення прав певних категорій громадян за різними ознаками: расової або національної приналежності, статі, соціального походження, політичних поглядів тощо²⁶.

Формулювання сутнісного змісту прав людини у конституційних текстах зумовлено певними стандартами, які, зокрема, впливають із вимоги рівного ставлення (поводження) то тої чи іншої групи носіїв цих прав²⁷. Оскільки права людини мають невичерпний характер, а їхнє конституційне формулювання є додержання державою стандарту правової визначеності, тобто можливості кожного знати свої права та обов'язки, то такий стандарт набуває вирішального значення щодо визнання певної вимоги особи як фундаментальної.

Заборона дискримінації поглиблює стандарти захисту прав людини і спрямовує заходи публічної влади на недопущення чи хоча би обмеження свавільного поведіння з певною категорією осіб у порівнянні із іншою. Хоча, щоб дійти до такого висновку судова практика була неоднозначною.

Так, Верховний суд США у справі Plessy v Ferguson визнав сегрегацію між чорними і білими допустимою, оскільки такий розподіл не підпадав під ознаки неоднакового поведіння. У 1954 році у справі Brown v Board of Education врешті-решт дійшов висновку, що така диференціація містить у собі ознаки дискримінації, а тому розмежування окремих навчальних закладів за своєю сутністю є нерівними.

Таким чином, дискримінація втілюється в таких ознаках:

- наявність будь-якої відмінності, виключення, обмеження або переваги;
- здійснюється за ознакою раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних або інших поглядів, національного або соціального походження, майнового стану, народження або іншої обставини,
- має на меті або наслідком знищення чи применшення визнання, використання або здійснення конкретного права всіма особам.

Звідси, сутнісна характеристика принципу рівності і заборони дискримінації полягає у забезпечення рівності ставлення до різних категорій осіб із дотриманням таких умов:

²⁵ Савчин М.В. Права людини у світлі конституційної, *Український журнал міжнародного права*. 2015. Спецвипуск. Міжнародне право і Конституція України. С. 69.

²⁶ Дашковська О. Дискримінація за ознакою статі: деякі загальнотеоретичні аспекти, *Вісник Академії правових наук України*. 2005. № 3 (42). С. 219.

²⁷ Mark Tushnet (Ed.). *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar Cheltenham, UK – Northampton, MA, US, 2014, p. 71.

- диференціації правового регулювання, яке має зважати на особливості правового статусу особи, на основі чого за певними сутнісними ознаками запроваджуються різні правові режими регулювання, спрямовані на вирівнювання можливостей у здійсненні суб'єктивного публічного права;
- розрізнення мають ґрунтуватися на об'єктивних критеріях, які випливають із розумності, передбачуваності права та правової рівності і мають бути спрямовані на забезпечення рівності можливостей у здійсненні права;
- заборона дискримінації сама по собі виконує службову функцію і прив'язана до конкретного права або законного інтересу особи.

7.2. Пряма і непряма дискримінація. Виділення дискримінації на пряму та непряму має значення для визначення ступеня порушення прав і свобод людини і з боку держави чи третіх осіб. Також проблема зумовлена тим, що значна частка дискримінаційних практик проявляється у приватноправових відносинах.

i) Пряма дискримінація полягає в неоднаковому, менш сприятливому поводженні із особами, які знаходяться в порівняно однаковому положенні. Свідченням прямої дискримінації є наявність ознак, відповідно до яких носій конкретного права чи свободи зазнає їх утисків внаслідок: а) відмінностей в поводженні стосовно нього; б) у результаті такого поводження він опиняється (або міг опинитися) у менш вигідному положенні, ніж інша особа; в) обставини, в яких знаходилися зазначені особи, можна порівняти (тобто вони відрізняються по суті); г) єдиною підставою різниці в поводженні була яка-небудь з персональних характеристик (стать, вік, мова тощо)²⁸.

Отже, пряма дискримінація пов'язується із відсутністю достатніх підстав у відмінному ставленні до осіб, які знаходяться в аналогічних або відповідним чином схожих ситуаціях, що ґрунтується на ознаці, яку можна ідентифікувати. Відсутність таких підстав зумовлено їх суперечності легітимній меті, яка має досягатися за допомогою адекватних засобів.

ii) Непрямою дискримінацією вважається однакове, формально рівне поводження із особами різного положення, що фактично призводить до несприятливого положення одну групу осіб у порівнянні із іншою. Непряма дискримінація є наслідком застосування нейтрально сформульованого (тобто такого, що не стосується конкретної ознаки особи або групи осіб) правила, вимоги чи політики, яке передбачає однакове ставлення, але на практиці створює менш сприятливі умови для реалізації прав певною особою або групою осіб через їхні ознаки. На практиці виявлення непрямої дискримінації є значно складнішим, ніж встановлення факту прямої дискримінації. У справі *Hugh Jordan v. United Kingdom* ЄСПЛ дав таку характеристику непрямої дискримінації:

“Загальний політичний курс або заходи, що непропорційно упереджено впливають на певну групу, не зважаючи на те, що такий курс/захід не спрямований спеціально саме на цю групу”.

²⁸ Дикман С.С. и др. *Защита личности от дискриминации*. В 3 томах. Том 1. Москва: Новая юстиция, 2009. С. 353.

У справі *D.H. and Others v. the Czech Republic (2007)* ЄСПЛ прямо наголосив на тому, що запровадження сегрегації у формі окремого навчання рома у окремих школах призводить до значних проблем із їх соціалізації та зниженням рівня освіти.

Заявники, школярі циганського походження, були поміщені в «спеціальні школи», призначені для дітей з утрудненнями в придбанні знань, і не мали можливості відвідувати «звичайні» школи.

Заявники стверджували, що приміщення їх у спеціальні школи було дискримінаційним щодо користування правом на освіту, з причини їх етнічного походження, що порушило Статтю 15, розглянуту в поєднанні зі Статтею 2 Протоколу 1 (право на освіта).

Вони заявили, що до них було застосовано нерівне звернення в освітній сфері в порівнянні з дітьми нециганського походження. Різниця в поводженні полягала в тому, що їхніх дітей поміщали в спеціальні школи без достатнього обґрунтування, де вони почали освіту значно гіршої якості, ніж у звичайних школах, і в результаті чого вони могли здобувати середню освіту тільки в спеціальних професійно-технічних центрах.

Директивою 2000/43/ЄС Ради ЄС щодо імплементації принципу рівноправності осіб незалежно від расової або етнічної приналежності від 29 червня 2000 р. непряма дискримінація визначається як те, що відбувається, коли «формально нейтральні» правила, критерії або практика ставлять осіб певної раси або етнічного походження в особливо не вигідне становище порівняно з іншими особами, якщо це положення, критерій або практика об'єктивно не виправдані легітимною метою, а засоби досягнення цієї мети є доречними і необхідними» (стаття 2 (2) (b)). Стаття 2 Директиви 2000/78 Ради ЄС від 27 листопада 2000 р., яка встановлює загальні рамки рівного ставлення при працевлаштуванні та у трудовій діяльності, вказує, що непряма дискримінація має місце, якщо на перший погляд нейтральне положення, критерій або практика ставить осіб, які сповідують певну релігію або переконання, мають певну фізичну ваду, є певного віку або певної сексуальної орієнтації, у несприятливе становище у порівнянні з іншими особами²⁹.

Конституційні засади запобігання дискримінації ґрунтуються на таких елементах:

- а) чи заснована різниця у поводженні на певній диференціації у статусі особи;
- б) чи наявні вказані у законі або аналогічні ознаки;
- в) чи дотримано стандарту застосування:
 - I. чи є законодавче встановлення розрізнення;
 - II. чи це має наслідком покладання надмірного тягаря, обов'язку або ставить у несприятливе становище певну групу осіб;
 - III. чи ґрунтується різниця у поводженні на певній правовій підставі;

²⁹ Хримова Г. *Питання заборони та протидії дискримінації*. Київ: Рада Європи, 2015. С. 38.

- г) додержання стандарту виправдання розрізнення, що може становити дискримінацію:
- I. важливість і суспільна значущість мети, що переслідується і співмірно обмежує права і свободи;
 - II. пропорційність покладеній меті.

7.4. Позитивна дискримінація та стверджувальні дії (affirmative action) держави.

Позитивна дискримінація передбачає певну активність держави щодо вирівнювання правового положення особи у разі, якщо нерівність має наслідком обмеження у здійсненні прав певною категорією осіб, які, як правило, складають меншину. Власне кажучи, за таких умов держава здійснює позитивні обов'язки (positive duties, obligation) захисту, що передбачає активність держави, без якої реалізація певного права стає дуже ускладненою чи навіть неможливою³⁰:

«Теза про необхідність позитивних обов'язків може бути висунута цілком незалежно від тези, згідно з якою права з позитивним змістом мають центральне значення. Насправді... навіть якби, всупереч фактам, не існувало прав з позитивним змістом, усе б одно існували б дійсно позитивні обов'язки. Без позитивних обов'язків, таких як обов'язок захищати людей від порушення їхніх прав, немислима жодна адекватна правова структура абсолютно незалежно від змісту відповідних прав. Позитивні обов'язки закладені в структуру кожної правової норми».

У справі *Ozruk v. Turkey* ЄСПЛ постановив, що виконуючи обов'язок щодо протидії дискримінації з боку приватних осіб, держава передовсім має ухвалити належне законодавство, в якому передбачити ефективні засоби правового захисту від дискримінації на національному рівні, запровадити систему органів та установ протидії дискримінації, запобігти дискримінації з боку приватних осіб, про випадки якої достеменно відомо представникам держави, зрештою, притягнути винних у дискримінаційних діях до відповідальності та забезпечити компенсацію жертвам дискримінації.

У цьому контексті стверджувальні дії держави є сукупністю певних нормативно-правових, організаційних та процесуальних заходів щодо забезпечення вирівнювання положення соціально вразливих груп осіб, які потребують захисту з боку публічної влади і без цих заходів реалізація належних їм прав буде істотно ускладнена або унеможливлена. Такі заходи спрямовані на досягнення субстантивної (фактичної) рівності, однак вони передбачають можливість установа певних переваг, пільг чи привілеїв для окремих категорій «на шкоду інтересам інших індивідів». Крім того, вони призводять до переваг прав окремих груп над індивідуальними правами, яким є право на рівне ставлення (*rights to equal treatment*), а також вимагають «розділити тягар відповідальності» за дискримінацію у минулому та покласти його на «невинуваті сторони», тобто на

³⁰ Шу Г. Права людини та культурні відмінності в: Ш. Госепат та Г. Ломанн (ред.) *Філософія прав людини* Київ: Ніка-Центр, 2008. С. 268.

сьогоднішню генерацію, яка вже може бути позбавлена цих стереотипних уявлень (*Fullilove v Klutznick*).

Для того, щоб встановити наявність або відсутність дискримінації, при узагальненні практики Європейського суду з прав людини, зокрема, виходячи із змісту справи *Belgian Linguistics*, виокремлюють чотири необхідні елементи: 1) відмінне поводження; 2) схожі обставини (аналогічні умови, схожі ситуації — *comparability test*); 3) наявність об'єктивного і достатнього обґрунтування (*justification test*); 4) пропорційність використовуваних засобів і мети, на яку вони спрямовані («законна мета», *proportionality test*).

8. Демократія

8.1. Суперечності сучасної демократії. Демократія передбачає, що у суспільстві забезпечується баланс інтересів більшості і меншості, інтереси меншості конкретизуються у гарантіях права людини. Баланс інтересів більшості і меншості впливає із принципу рівності. Люди володіють однаковою здатністю до самовизначення або до раціональних дій чи планування власного життя³¹. Відповідно встановлюються демократичні процедури формування органів публічної влади та громадського контролю за здійсненням.

Принцип демократії полягає у забезпечення періодичних і чесних виборів органів публічної влади різного рівня. Сутність цього принципу полягає у забезпечення балансу прав більшості і меншості, який передбачає конституційний механізм узгодження їх інтересів. Такий баланс інтересів розглядається як важлива передумова забезпечення наступності публічної влади. Зокрема, це проявляється у захисті прав опозиції (ст. 117 Конституції Португалії). Серед гарантій прав опозиції закріплюється: отримання регулярної інформації безпосередньо від уряду опозиційними партіями, про хід вирішення питань, що мають суспільне значення тощо. У деяких країнах (ФРН) принцип демократії у контексті виборчого права конкретизується через принцип мажоритарності, сутність якого полягає у забезпеченні виявлення домінуючого політичного та публічного інтересу, а також через гарантії демократичної структури політичних партій.

На думку німецького вченого Конрада Гессе (*Konrad Hesse*) принцип демократії втілюється у засадах вільного демократичного ладу. Він дає таке його визначення: це «такий державно-правовий спосіб правління, який, виключаючи будь-яке насилля і сваволу, заснований на самовизначенні народу по волевиявленню більшості, на свободі і рівноправності». Демократія тлумачиться Гессе як не абстрактна доктрина, а конкретний устрій історичної реальності. Демократія не може виходити із одностайної волі народу як передумови самоврядування і виходить тільки з реальної основи: розмежування і протилежності думок, інтересів, волевиявлень і домагань і при цьому існування конфліктів всередині народу³².

³¹ Бітем Д. (ред.) *Визначення і вимірювання демократії*. Львів, 2005. С. 17-18.

³² Хессе К. *Основи конституційного права ФРГ*. Москва: Прогресс, 1981. С. 72.

На думку Філіпа Бенетона ліберальна демократія будується на основі свободи кожного, тому вона передбачає рівний доступ кожного до процесу управління, чому найкраще відповідає мажоритарний принцип. Обмеженість політичного правління зумовлене попередженню політичних конфліктів всередині політичних інститутів, оскільки повинні бути гарантовані права опозиції, що є умовою нормального функціонування демократії³³.

8.2. Роберт Алан Даль. Згідно із поглядами Роберта Даля демократія спирається на свідомого громадянина, який поважає республіканську традицію. Даль рівною мірою поширює традицію республіканізму і на конституційні монархії, оскільки він акцентує увагу на підзвітність і підконтрольність урядів. Сучасні конституційні монархії включають традиції парламентаризму і монарх не втручається у законодавчу діяльність парламенту, хоча може входити у його склад. Структуру сучасної демократії за Далем складають.

Традиція республіканізму (представництво і рівність). Республіканізм передбачає, що вся влада походить від волі народу, тобто органи публічної влади та посадовці наділяються повноваженнями у силу періодичних і прозорих виборів. Це зумовлює належне представництво та активну участь у політичному процесі, хоча сьогодні такий трансформується у зв'язку із дигіталізацією процесу ухвалення рішення та впровадження елементів e-government – це поглиблює важливість репрезентації у сучасній демократії.

Балансування інтересів в багатоманітному суспільстві. Вимога балансу впливає із вимоги репрезентативності. Це є необхідною умовою для забезпечення участі якомога широкого кола осіб у політичному процесі та ухваленні владних рішень. Вирішальним складником легітимності владних рішень є інклюзивність процесу ухвалення рішень, що дає змогу урахувати якомога широкі коло інтересів і це сприятиме ефективнішому втіленню владних рішень у життя³⁴:

«Хіба більшість людей не вважає складним або навіть взагалі неможливим при прийнятті рішень враховувати благо інших, у всякому разі дуже багатьох з числа інших. Причина їх недосконалості полягає частково в нестачі їх знання, частково в недоліках чесноти. Небу відомо, наскільки буває часто важко в такому складному світі, як наш, знати достатньо, щоб точно оцінити, в чому ж ваші власні інтереси. Однак нескінченно складніше придбати адекватне розуміння блага інших людей у своєму суспільстві. Проблема стоїть навіть гостріше в сучасних демократичних країнах, тому що наші співвітчизники такі численні, що кожен з нас може знати тільки малу їх децицію. Отже, ми повинні виносити судження про благо людей, яких ми особисто не знаємо і можемо знати що-небудь про них тільки побічно».

Вимоги і стандарти демократичної процедури. Даль є теоретиком демократичного процесу, що є навіть окремим напрямом у теорії демократії, яка трактується як певний процес здійснення влади. Науковець розглядає демократичний процес у двох площинах: (1) як засіб захисту особистої свободи і людського розвитку та (2) засіб захисту особистих

³³ Бенетон Ф. *Введение в политическую науку*. Москва: Издательство Весь мир, 2002. С. 312-324.

³⁴ Даль Роберт, *Демократия и ее критики*. Москва: РОССПЭН, 2003, с. 93.

інтересів. Наголошується на тому, що демократії притаманний плюралізм думок і рідко, коли можна досягти єдиної точки зору стосовно якихось суспільно-значущих питань. Це зумовлює компроміси при ухваленні рішень. Загалом, Роберт Даль обґрунтував ідею поліархії – системи демократичного врядування, яка побудована розмежуванні повноважень, наявності декількох центрів ваги в організації влади, додержанні демократичних процедур ухваленні рішень, забезпечення контрбалансів між інститутами влади.

8.3. Арендт Лійпгарт. Відомий голландський науковець Арендт Лійпгарт відомий своєю доктриною консоціативної демократії, яка пояснює закономірності узгодження воль у багатоукладному плюралістичному демократичному суспільстві, в результаті чого доволі часто правлять коаліційні уряди. Лійпгарт також пояснює певні вимоги щодо ефективності та дієвості коаліційних урядів, які побудовані на союзі партій, які охоплюють широкий політичний спектр і є найбільш репрезентативними.

Лійпгарт більше уваги звертає вже на сам процес узгодження позицій учасників політичного процесу та прийняття владних рішень. Тоді такому процесу можуть зашкодити ситуації, при якій сторони знаходяться в очевидному протистоянні і такі переваги будуть ними просто ігноруватися, а саме: i) коли учасники «гри» не сприймають спільні переваги, або коли знаходяться у стані безмежної війни; ii) коли тільки що вони досягатимуть згоди щодо спільних переваг, то вони намагатимуться присвоїти собі спільні переваги [30, с. 215]. Щоб вибратися із цього зачарованого кола проблем, концепція консоціативної демократії передбачає наявність принаймні таких умов, що забезпечують їхню ефективність: i) має існувати серед еліти певна згода щодо певних інтересів груп інтересів та субкультур, тобто влада має здійснюватися великою коаліцією; ii) кожен член коаліції має право вето на запровадженні заходи як гарантію прав меншості; iii) кожен член коаліції є залежним від іншого в ухваленні рішень, а тому важливим є забезпечення принципу пропорційності задля збереження стабільності і взаємозв'язків; iv) зазначені обмеження ґрунтуються на усвідомленні еліт потенційних загроз політичної фрагментації, що загрожує розколом³⁵.

Така система ухвалення рішень стала притаманною для країн Північної Європи та Бенілюксу, в яких переважно діють коаліційні уряди. Так само у цілому негативна практика діяльності коаліційних урядів в Україні, протягом 2005-2010 років та починаючи із 2014 року і до цих часів, лише підтверджують правило про те, що система конституційних цінностей і принципів певним чином корелюється із станом додержанням положень Конституції і законів України. Тобто конституційні принципи і цінності є своєрідним орієнтиром для учасників конституційних правовідносин і виступають одним із ключових чинників їхньої поведінки та характеру схвалюваних владних рішень. Загалом консоціативній демократії притаманні пропорційність як важливий принцип заміщення посад та розподілу бюджетних коштів та високий рівень автономності кожного сегменту управління.

³⁵ Lijphart A. Consociational Democracy / World Politics. 1969. Vol. 2. No. 2. P. 215, 216.

8.4. Юрген Габермас. Теорія комунікативної (деліберативної демократії) німецького філософа права Ю. Габермаса, полягає в тому, що певна сукупність цінностей є результатом демократичної комунікації, тобто суспільно-політичних дебатів, які визначають їхній зміст і перелік³⁶. Сучасна демократія побудована на основі інтерсуб'єктності суспільної взаємодії, яка полягає у визнанні людської гідності, оскільки побудована на обміні ідеями між індивідами. Демократична легітимація ґрунтується на багаторівневості ухвалення рішень. Габермас у своїх працях також розвиває зміст принципу субсидіарності, який лежить в основі концепту багаторівневого конституціоналізму, пояснюючи механізм демократичної легітимації поверхів влади та передачі повноважень, а також демократичної легітимації інститутів Європейського Союзу. Як важливу складовою цього механізму Габермас вбачає принцип дорадчості в ухвалюванні рішень, що забезпечує включеність (інклюзивність) у процес ухвалення владних рішень якого широкого кола заінтересованих осіб. Це має значення для парламентської демократії, щоб запобігти авторитаризму та непрозорим процедурам ухвалення рішення. Процес демократичної легітимації передбачає розуміння соціального контексту, що зумовлює рефлексивність при ухваленні владних рішень. Задоволення інтересів якомога широкого кола суб'єктів потребує реагування на постійні запити та очікування народу щодо рішень, що ухвалюються. Тому владні рішення мають задовольняти критеріям зваженості і збалансованості інтересів. Насамкінець парламентську демократію не можна тлумачити як вседозволеність більшості, звідси висновок про те, що конституційна юстиція покликана забезпечувати права меншості, що є важливим у забезпеченні конституційної демократії.

8.5. Доктрина делегативної демократії О'Доннелла. Доволі екстравагантна доктрина делегативної демократії акцентує увагу на природу перехідних державних систем до конституціоналізму, акцентуючи увагу на специфіку авторитарних режимів Латинської Америки та їх переходу до демократій³⁷. Зважаючи на фрагментованість партій та політичної системи у перехідних демократіях, яким притаманно різке протистояння інтересів, набувають ваги особисті якості лідерів, які здатні запровадити та втілити економічні та політичні реформи. Кризові явища в економіці, невисокий рівень доходів у населення зумовлюють необхідність консолідуватися суспільству навколо сильного лідера, який протистоїть парламенту, якого роздирають протиріччя, протистояння та суперечності, що унеможливають ухвалювати збалансовані та виважені рішення. Окремі аспекти цієї доктрини були втілені у діяльності аргентинського президента Карлоса Менема та російського президента Владіміра Путіна. О'Доннелл в обґрунтування цієї доктрини наводив приклади, коли концепції представницької демократії та поліархії не працюють у перехідних системах Латинської Америки та постсоціалістичних країн Східної Європи.

8.6. Залізний закон олігархії Роберто Міхелса. Ця концепція Міхелса звертає увагу на процес бюрократизації структур політичних партій, в яких проходить процес розшарування і розпорошення інтересів між рядовими членами та керівною верхівкою

³⁶ Габермас Юрген. *Залучення іншого. Студії з політичної теорії*. Львів: Астролябія, 2008.

³⁷ O'Donnell Guillermo, *Delegative Democracy?* Journal of Democracy, 1994, no. 5(1), p. 55-69.

партій. За результатами парламентських виборів партії отримують представництво у парламентах, а також беруть участь у формуванні партій. Природно, це викликає міграцію партійних лідерів до державного апарату в парламенті та уряді, що свою чергу відкриває соціальні ліфти для рядових членів партій. Однак така динаміка партій поступово припиняється, коли вона отримує постійне представництво в парламенті та має декілька портфелів в уряді. Отримавши доступ до ресурсів представники партії на посадах вже не завжди відстоюють інтереси рядових членів партії, тим самим ослабляючи зворотні зв'язки між керівництвом та рядовими членами партії. Таким чином, партія поступово набуває олігархічного характеру, оскільки посади розглядаються як засіб доступу до ресурсів. Звісно, що з точки зору обороноздатної демократії закон залізної олігархії долається вимогами лояльності чиновників до конституційної демократії, політичної нейтральності публічної служби та заміщення посад на публічній службі на конкурсних засадах.

9. Основні концепції та моделі держави

9.1. Основні сучасні тенденції розвитку державності. Сучасна державність зазнала еволюцію через ланцюжок: *politeia* – *kingdom* – *state*. Сучасне поняття держава (*d'Etat*) вперше зустрічається у французькій літературі XVII-XVIII століть; британському праву того періоду воно (*State*) не відоме – там більше відомий термін, що вживався Джоном Локом – *commonwealth*³⁸. В англо-американську традицію вживання терміна *State* входить із заснуванням США (*United State*). Врешті-решт пишуть, що юридична концепція поняття «держава» є неоднорідною від одного правового порядку до іншого. Але в кінцевому підсумку можна вважати, що «в конституційному праві існують традиції, в яких поняття держави не є центральною ознакою. Можливо, ми не ризикуємо навіть тим, що в деяких країнах просто немає поняття про державу?»³⁹.

Еволюція того, що ми називаємо тепер «держава» пройшло від найдавніших часів як приватна справа правителя до певного розуміння спільної, публічної справи. Так, у часи республіканського Риму визначали публічність також через категорію *res publica* (спільна справа). Водночас римському праву було відоме розмежування понять *gubernaculum*⁴⁰ (прерогативи правителя, управління) та *jurisdiction* (влада, яка поширюється на громадян) і їхнє розмежування мало значення для визначення видатків зловживання повноваженнями та узурпації влади.

У період Просвітництва отримали свого поширення механістичні погляди на державність, що було зумовлено впливом праць Рене Декарта із його раціоналістичним механістичним баченням світобудови, а також механіки Джона Ньютона. Відповідно до

³⁸ Rosenfeld Michel, Sajo Andras (ed's). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University press, 2003, p. 270.

³⁹ Там само.

⁴⁰ У латинян був вираз «hic ille naufragus ad gubernaculum accessit, etnavi, quoad potuit, est opitulatus», який буквально означає «брати штурвал корабля під час бурі та керувати ним до нормалізації положення», тобто незважаючи на обставини вести корабель певним курсом до досягнення оптимального стану. Також був відомий інший вираз «gubernaculum reipublicae tractare», що означає «управління вирішує суспільні справи».

цих уявлень устрій держави розглядався як певний механізм, що прослідковується у «Левіафані» Томаса Гобса. Ці погляди також стали добрим підґрунтям для пізнішого трактування державності у юридичному позитивізмі про (Дж. Остін, А.В. Дайсі). Напротивагу позитивістам раціоналізована державність Макса Вебера побудована на ідеях формулювання безсторонніх і раціоналізованих правил, яка має свою опору на законності та підтримці громадян.

9.2. Правова держава. Доктрина правової держави пройшла шлях своєї еволюції від формальної до матеріальної⁴¹.

Формальна теорія правової держави:

- "Правова держава" на противагу державі з феодальним ладом („Ständestaat“).
- Самозобов'язання держави додержуватися абстрактних правил загального характеру, прийнятих за конституційними процедурами.
- Здійснення владних функцій за чинними законами.
- Конституційне регулювання повноважень та принципів організації держави / влади.

Субстантивна теорія правової держави:

- "Правова держава" як конституційний лад, що спирається на правосуддя.
- Конституційне регулювання принципів правосуддя, таких як свобода, права людини, демократія, держава загального добробуту.
- Спрямованість законодавства на захист прав людини.
- Велика значимість принципу пропорційності задля обмеження повноважень виконавчої та законодавчої гілок влади стосовно прав людини.
- Захист законних/обґрунтованих очікувань.
- Конституційний обов'язок влади мати законодавчі положення про соціальний баланс і дії у разі настання надзвичайних обставин.
- Тлумачення законів з точки зору прав людини та основоположних принципів держави.

Процедурна теорія правової держави:

- "Правова держава" як парламентська система з процедурами рівної демократичної участі.
- Здійснення конституційного нагляду задля збалансування дій держави.
- Додержання "належної правової процедури" та гарантія контролю з боку судової гілки влади (щонайменше за кожною дією влади, що порушує права громадян)

⁴¹ Тут мною використані матеріали презентації проф. Університету Людвіга Максиміліана, Мюнхен, ФРН Яна Філіпа Шефера «Верховенство права у конституційному праві Німеччини: огляд», які були оприлюдненні на міжнародній конференції

9.3. Держава як організація. Згідно з європейською традицією держава в певному сенсі є своєрідною другою природою сучасного конституційного права. Якщо конституція є статутом держави, для того, щоб мати таку європейську конституцію, вона повинна бути або європейською державою, або конституція повинна бути відокремлена від держави. На сьогодні існують дві основні доктрини, які пояснюють, яким чином вступає держава у правовідносини. Згідно із *теорією юридичної особи* держава забезпечує публічний інтерес покликана захищати своїх громадян⁴². На основі цієї теорії фактично побудована Конвенція Монтевідео, яка в основу сучасної держави розглядає територію, населення та уряд, який спроможний управляти відповідною територією. Як пише Жан Поль Жакке «оскільки держава є інституційною формою влади, то їй надана здатність володіти волею і діяти на юридичних підставах»⁴³. Як юридична особа держава володіє постійністю (не є прив'язаною до особи правителя) та уряди беруть на себе зобов'язання попередніх незалежно від того, хто прийшов до влади у результаті виборів (сталість права).

Теорія держави як *народного представництва* звертає увагу репрезентацію державою публічного інтересу, заради якого здійснюється процес ухвалення рішення, які мають ухвалювати уповноважені на те органи влади. Зокрема, виходячи із постулатів цієї теорії була побудова стратегія захисту у Високому суді Лондона справа щодо суверенного боргу України запозичень у розмірі 3 млрд. доларів США, оскільки представник України не був належним чином уповноваженим щодо розміщення облігацій України на фондовій біржі Дубліна у 2013 р.

9.4. Форми державності. З урахуванням форми правління, державного устрою та державного режиму нижче буде дана характеристика формам сучасних держав. Критерій розмежування держав є інтегральний, оскільки форма правління є доволі динамічною з урахуванням державного режиму, на що впливає стан політичної системи, домінуючі режими правового регулювання та стан захищеності прав і свобод людини.

9.1. Полікратична (poli – багато та влада – cratos) публічна влада:

1) органи державної влади формуються в результаті застосування тих чи інших демократичних способів, а відносини між ними будуються на основі принципу поділу влад, системи стримувань і противаг, взаємозалежності і взаємодії влад;

2) територіальна структура держави будується з урахуванням балансу інтересів різних національностей, центральної і місцевих властей;

3) в діяльності органів держави акцент робиться на демократичні форми і методи (в тому числі пошуки компромісу і консенсусу), хоч не виключається і примус, якщо створюється загроза конституційному устрою, вільному демократичному порядку;

4) в тому чи іншому об'ємі використовуються різні форми участі громадян в управлінні державою, а політичні партії і групи тиску створюють умови для деконцентрації політичної державної влади;

⁴² The State as Legal Entity. In: *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*. Springer, Berlin, Heidelberg, 2009, p. 267.

⁴³ Жакке Ж.-П. *Конституционное право и политические институты*. Москва: Юристъ, 2002. С. 39

5) проголошуються і здійснюються на практиці основні демократичні права і свободи громадян, засновані на визнанні загальнолюдських цінностей (однак соціально-економічні права визнаються і забезпечуються в меншій мірі, ніж політичні і особисті).

9.2. Монократична (mono – один та влада – cratos) форма публічної влади

1) органи державної влади формуються або відкрито антидемократичним шляхом або псевдodemократичними методами, які служать лише прикриттям фактичного єдиновладдя;

2) в територіальній структурі держави інтереси центру домінують над периферією, хоч остання може бути представлена «державними утвореннями»;

3) в діяльності органів держави або робиться акцент на перевазі прямого примусу;

4) участь громадян в управлінні державою або зовсім не здійснюється, або практикується в мінімальному степені чи має переважно «показовий» характер;

5) демократичні права і свободи громадян або взагалі не згадуються в законодавстві або їх здійснення призупиняється.

9.3. Транзитна (перехідна) публічна влада.

1) успадковані від попереднього (радянського) режиму традиції та інститути влади не були пристосовані для вирішення нових політичних і правових питань;

2) необхідність запровадження транзитного правосуддя, елементами якого є відсторонення від влади носіїв авторитарних/тоталітарних практик на певний термін (люстрація), переатестація суддів, реабілітація жертв політичних репресій та компенсація заподіяних їм збитків, притягнення винних за вчинені злочини проти людяності та миру до відповідальності;

3) відсутня була правова база для розгортання нових політичних і економічних відносин, які, крім того, одразу вступили у суперечність з попередньою соціальною практикою;

4) розбудова нової державності здійснюється в умовах жорсткого політичного протистояння. У пошуках компромісу при виробленні реформ часто доводилося приймати не дуже ефективні рішення, що в свою чергу гальмує перетворення і не сприяє вдосконаленню правової системи.